2010 年 11 月　　清史研究　　Nov. 2010
第 4 期　　The Qing History Journal　　No. 4

读史札记

《大清民律草案》法源辨析

孟祥沛

《大清民律草案》是在参照具有资本主义性质的德国民法典和日本民法典的基础上制订出来的我国第一部民法法典文献。它的出台，标志着中国民法在法典化和近代化道路上跨出了第一步。

《大清民律草案》的起草是中国近代立法史上一项开创性的事业。在它制定之前，中国一直是沿袭 2000 多年来“诸法合体、民刑不分”的封建法制，从未有过制订任何独立的具有近代性质的民事法典的立法实践。同时，清末法律人才极其匮乏，根本不具备独立编纂民法典的能力，只能在外国法学家的帮助下开展起草工作。因此，借鉴和模仿西方先进国家的民法典便成了清末法制改革的一项重要工作。长达 1569 条的《大清民律草案》能在短短四年内完成，大量的法律移植不能不说是一条重要的途径。那么，《大清民律草案》制订的蓝本是哪部法典？其母法是哪部法典？对其影响最深的又是哪部法典？对此，国内学术界有不同意见。

部分学者认为，《大清民律草案》主要仿照德国民法典，故深受德国民法典的影响。

早在中华民国时期，杨鸿烈就指出，“清末起草民律，以采资本主义国家最新、最现代的民法为立法原则，在《德国民法典》中找到了后出最精进的法理。”①

王立民通过对德国民法典与《大清民律草案》的比较，尤其是通过对关于限制行为能力的代理人问题和关于债权中受领迟缓问题的规定进行比较，认为两部法典的许多内容有相同或相似之处，断言《大清民律草案》深受德国民法的影响。

李秀清进一步提出晚清民商立法主要借鉴的是大陆法系的德国法，认为晚清政府进行民商立法时，邀请日本专家直接参与起草法案，翻译的外国民商法典及论著、出国学习法政的留学生也以日本的为最多。晚清政府法律改革好像就是以日本为直接的借鉴对象，但这仅仅是表面现象而已，实际吸收和移植的主要是德国的法律，属于典型的德国支系。她着重从下列三个方面进行了论证：首先，日本近代民商法本身主要是借鉴德国法的结果；其次，从民法典的具体结构上看，《德国民法典》的五编依次为总则、债、物权、亲属、继承，《日本民法典》的五编依次为总则、物权、债权、亲属、继承，第二编与第三编的次序刚好颠倒。而《大清民律草案》的五编结构与《德国民法典》次序相同；最后，从民法典的基本内容看，它在许多方面与《德国民法典》相同或相似而与日本明治民法典的规定不同。②

与上述观点不同，部分学者认为清末修律实质上是日本明治时期法律的中国化，并提供以下理由：第一，《大清民律草案》为日本学者松冈义正以日本民法典为蓝本，参酌德国民法典制定。第二，仅 1905—1908 年毕业于日本法政大学法律、法政科的中国留学生即达 778 人，这批留学生中包括胡汉民、杨度、居

[收稿日期] 2010－09－01
[作者简介] 孟祥沛（1970—），男，上海社会科学院法学研究所副研究员；上海 200020

正、张知本等人；而1872—1908年赴欧美的公费法学留学生才几十人。此外，当时尚有许多日本人在国内任教习或顾问。第三，当时日本已经以德国法律为主要样本，创造了日本的法律术语、词汇。由于中日语言同文，故明治时期日本的法律术语通过翻译、法律词汇表和词典、在日本和中国的课堂用语及具体的编辑工作等多种渠道原样不动地进入中国语言。可以说，中国民法的大陆法系传统是从清末修律对日本法的全面继受而开启的。③

比较上述两种观点，笔者倾向于后者，并进而明确认为：《大清民律草案》的制定以明治民法典为蓝本，深受这部法典的影响。明治民法典即是《大清民律草案》的母法。

第一，日本自明治维新后，变法图强，国势蒸蒸日上，遂导致日清战争、日俄战争皆以日本的胜利而告终。这种情况既刺激和惊醒了国人，也为国人树立了一个变法图强的榜样。清末的变法先驱，无论是康有为、梁启超，还是沈家本、俞廉三，在选择立法的参照物时，首先把目光都投向了身边的日本。例如，时任清末修律大臣的沈家本曾向朝廷上奏道，“日本法系本属支那法系，而今取法于德、法诸国，其国势乃日益强盛……唯日本特为东亚之先驱，为足以备呈明之采择”，这说明清末法制改革，其直接效法的对象就是日本。

第二，《大清民律草案》制订之时，所聘请而来指导立法实践的是日本法学专家，故草案深受日本法学家的影响。在借鉴的过程中，甚至出现由于误信日本法学者的观点而发生明显的移植偏差的情况。如基于日本学者松冈义正主讲京师法律学堂时提出的典权与不动产质权是相同的观点，物权编没有规定中国传统的典权制度，而仿效日本规定了不动产质权。其实，典权与不动产质权在性质和内容等方面有许多差异。④

第三，从清末所翻译的外国民法典来看，影响最大的当数《日本民法》，它是商务印书馆出版的25类80册400万字的《日本法规大全》中的一部分。当时的德国民法典译本有三种：商务印书馆编译的《德国民法典》、修订法律馆编译的《德国民法典》和马德润翻译的《德国民法典》。前两种译本中均有大量日语词汇，说明它们是按照日本翻译的德国民法转译过来的。后一种译本虽是直接从德语翻译而来，但该译本影响甚小，其翻译中与日语表达不同的词汇基本未被后世所沿用。

第四，《大清民律草案》不少内容与德国民法典相同或相似，这很容易给人造成“《大清民律草案》直接借鉴德国民法典”的直观印象。然而，对这种情况要区别情况分析原因。

众所周知，日本的“法典论争”导致了“旧民法”的破产，随后，日本由继受法国法逐渐转向继受德国法。日本法学家北川善太郎将其原因归纳为：首先，日本统治阶级认为，德国保留的浓厚的封建主义、军国主义的政治与法律制度更加适合日本国情的缘故。其次，19世纪后半叶，德国文化从思想界到自然科学的整个科学领域，均超过了欧洲其他各国而取得领先的地位，这不能不影响到当时拼命吸收西欧文化的日本，也不能不影响到日本的民事法学领域。再次，日本民法学的三位奠基人——穗积陈重、梅谦次郎、富井政章之中，穗积陈重和梅谦次郎都是先在英国留学，后转为赴德国留学的。其原因是他们出国学习后发现德国法学在当时西欧是最发达、最优秀的，这当然要影响到他们后来的民法典的起草、解释和研究工作，影响到整个日本民法学的发展。最后，体现在德国民法典中的德国民法学研究之巨大成果，也是使德国民法学成为日本民法学所效仿的重要原因。⑤因此，德国民法典对日本明治民法典影响极为深远。而《大清民律草案》是以明治民法典为模仿对象的，三部法典存在为数不少的相同或相似的规定并不奇怪。

问题在于，《大清民律草案》中存在部分内容与德国民法典相似而与日本明治民法典不同。例如，关于消灭时效，德国民法典第90条规定，“通常之时效期限为三十年”；明治民法典第67条规定，“债权，因十年间不行使而消灭。非债权或所有权之时效，因二十年间不行使而消灭”。对此，《大清民律草案》第304条规定“债权之请求权，因三十年不行使而消灭”，如此规定，明显与德国民法典相似而与明治民法典相异。这种情况的出现，

据笔者推断，并非《大清民律草案》直接借鉴德国民法典的结果，而是20世纪初德国法学在日本国内风行一时所造成的。自19世纪末开始，德国法学后来者居上，取代法国法学和英国法学成为日本的主流法学，日本以德国法为蓝本构建日本的六法体系，以德国司法为模式建立司法体系，在立法技术和思维方式上也模仿德国，甚至在司法实践中以德国法学理论解释日本法律。德国法学在日本法学界占据独一无二的统治地位，日本进入德国法万能时代，法学者言必称德国，有人甚至说"没有德国法学，就没有日本的法学"⑥。在这种情况下，松冈义正等人在本国自接受法学教育时起即深受德国法学的影响，在帮助中国制定民法典之时，可能认为日本民法典的个别规定不尽合理，因此将德国法学的某些观点和主张吸收到《大清民律草案》之中。这种吸收，与其说体现了《大清民律草案》对德国民法典的借鉴，不如说体现了《大清民律草案》对日本当时主流法学思想的借鉴。

值得注意的是，《大清民律草案》虽有个别内容与德国民法典相似而与日本明治民法典不同，却有更多内容与日本明治民法典相似而与德国民法典不同，这也清楚揭示了《大清民律草案》与日本明治民法典的师承关系。如，关于所有权，德国民法典第903条将所有权定义为："以不违反法律和第三人的权利为限，物的所有人得随意处分其物，并排除他人的任何干涉。"这一定义对所有权的内容缺乏明确说明。因此，以后的日本明治民法典在所有权定义方面没有沿用德国的作法，而是吸收法国民法典的表述，把所有权定义为："所有人于法令限制的范围内，有自由使用、收益及处分所有物的权利"（第206条）。《大清民律草案》第983条规定"所有人于法令之限制内得自由使用、收益、处分其所有物"，与日本明治民法典的规定如出一辙。再如，关于孳息，德国民法典第99条规定："物之出产物，及其他物之性质上，由其物所取得之收获物，为孳息。权利性质上所生之收获物，尤其关于土地之成分所应取得之权利，以其所取得之成分，为权利之孳息"；第100条规定："物或权利孳息，及依物或权利之使用而生之利益，为收益"。明治民法典第88条规定："依物之用法所收取之出产物，为天然孳息。以其为物之使用之对价，所受之金钱或其他之物，为法定孳息"。《大清民律草案》第173条规定，"称天然孳息者，谓依物之用法所收到之出产物。称法定孳息者，谓使用该物之对价所受金钱及其他物"，明显相似于明治民法典而相异于德国民法典。对比《大清民律草案》与日本明治民法典的内容，相同或相似的规定不胜枚举。难怪民国法学家杨幼炯在评论清末法制改革时说："其中所修订有民商法草案，其内容完全系直接继承外国，大部分模仿日本法……"⑦。

第五，在编排结构上，《大清民律草案》与德国民法典相同，在五编体系中将债编放在物权编之前，不同于日本明治民法典的物权编在前、债权编在后，这又如何解释呢？

事实上，德国民法典制订之初也是采用物权编在前、债编在后的编排模式。1874年9月23日德意志第一委员会第四次会议决定法典以总则为首，其后是物权法，然后再是债法，依此顺序编排。至于在什么时候、因何种理由变成后来德国民法典债法在前、物权法在后的情况，至今尚不明了。⑧日本明治民法典制定之时，参照的对象不是德国民法典第一草案，而是较早的德国撒克逊法典，该法典的编排结构即是物权在前。明治民法典之所以这样做，穗积陈重、富井政章、梅谦次郎三位起草委员向伊藤博文提交的《法典调查规程理由书》对此解释说，仅仅因为关于获得或丧失物权的内容大多规定在债权中就认为把债权放在物权前面是一种自然顺序的观点并不令人信服。而且，债的内容中有关所有权和其他各种物权的内容非常之多，因此将物权编规定在债编之前更方便人们对债编内容的理解。日本明治民法典将物权编置于债权编之前，这种编排方式，并非出于纯理论的考虑，而是采用实用论的结果。⑨

《大清民律草案》之所以采用了德国民法典的编排模式而没有抄袭日本明治民法典的做法，笔者认为，原因仍然在于明治民法典颁布后德国法学在日本占据的统治地位和它对日本法学家的深刻影响。如果仅仅由于《大清民

律草案》的编排次序与德国民法典相同而与明治民法典相异就得出“《大清民律草案》直接借鉴德国民法典”的结论，那么就很难解释另一个问题，即：德国民法典债法部分即“债编”，全称为“债的关系法”，明治民法典则称之为“债权编”。“债编”和“债权编”虽是一字之差，前者突出了对债务关系中债权人和债务人双方的保护，因此更为准确和科学。而在这处称谓上，《大清民律草案》又与明治民法典相同而与德国民法典相异。

第六，在语言和词汇上，中日同文，中国近代许多法律词汇来自日本，甚至包括许多今天已不再使用的法学词汇。如，今日民法中广泛使用的“不当得利”一词，在《大清民律草案》中叫“不当利得”（债权编第7章），正来源于日本明治民法典债权编第四章“不当利得”的规定。再如，在编名上仿明治民法而有“债权编”之称谓；在具体法律用语上，“事物管理”、“使用赁贷权“、“用益赁贷借”、“保佐”、“禁治产”、“准禁治产”等概念均原封不动地抄自日本民法，这些概念有的在表达上不尽准确，有的与汉语表达习惯不相吻合，因此，民国之后，逐渐被其他用语所代替，然而，这些用语在日本却沿用至今。相同的法律用语从一个侧面反映了《大清民律草案》脱胎于日本明治民法典的事实。

综上，《大清民律草案》尽管由于日本法学家和明治民法典的桥梁关系间接受到德国民法典的深厚影响，但其母法系日本明治民法典，对其影响最大的无疑亦是日本明治民法典。

---

①杨鸿烈：《中国法律发达史》（下），上海书店，1990年版，第906页。

②参见李秀清“中国近代民商法的嚆矢——清末移植外国民商法述评”，载于《法商研究》，2001年第6期，第134-140页。

③何勤华、殷啸虎：《中华人民共和国民法史》，复旦大学出版社1999年版，第15页。

④参见李婉丽“中国典权法律制度研究”，载梁慧星：《民商法论丛》（第1卷），法律出版社1994年版，第384-388页。

⑤［日］北川善太郎：《日本法学的历史和理论》，日本评论社1968年版，第129-135页。

⑥参见日本法学家末弘严太郎的发言，收于日本评论社编集局：《日本的法学》，日本评论社1950年版，第81页。转引自［日］北川善太郎：《日本法学的历史和理论》，日本评论社1968年版，第12页。

⑦杨幼炯：《近代中国立法史》，商务印书馆1936年版，第7页。

⑧ Vgl. Schubert，Materialien zur Entstehungseschichte des BGB，1978，S. 214ff。转引自［日］冈孝“日本和德国民法典比较素描”，载于日本《法律时报》，第71卷第4号（1999年），第45-46页。

⑨参见《法典调查规程》，转引自［日］福岛正夫：《穗积陈重立法关系文书的研究》，日本信山社1989年版，第114页。